

## رویه قضایی به منزله منبع حقوق

علی اسلامی پناه\*

تاریخ دریافت: ۹۷/۰۳/۰۹

تاریخ پذیرش: ۹۷/۰۷/۲۷

### چکیده

قواعدی که از تصمیمات محاکم به دست می‌آید «رویه قضایی» نامیده می‌شود. تصمیم هر دادگاه به صورت رأی اعلام می‌شود، بنابراین، آرای صادره از محاکم، رویه قضایی نامیده می‌شود. در نظام حقوقی ایران، رویه قضایی دارای دو معنای عام و خاص است. مجموعه آرای صادره از دادگاه‌ها در کلیه سطوح آن «رویه قضایی» به معنای عام نامیده می‌شود. آرای نوعی و کلی که هیئت عمومی دیوان عالی کشور در مقام رفع تعارض از آرای محاکم صادر می‌کند و برای سایر محاکم در موضوعات مشابه الزام‌آور است، رویه قضایی به معنای خاص نامیده می‌شود. پرسش طرح‌شده این است که رویه قضایی در کدام یک از دو معنای اصطلاحی فوق منبع حقوق است؟ در نظام حقوقی ایران، آرای دسته اول منبع حقوق محسوب نمی‌شوند، ولی آرای دسته دوم منبع حقوق به شمار می‌آیند. در این مقاله ایجاد قاعده حقوقی از طریق آرای محاکم مورد نقد و بررسی قرار گرفته است.

### کلیدواژگان:

دیوان عالی کشور، دیوان عدالت اداری، رأی وحدت رویه، رویه قضایی، منابع حقوق.

\* استادیار دانشگاه تهران

eslamip@ut.ac.ir

۱. معادل فرانسوی «رویه قضایی» jurisprudence و معادل انگلیسی آن Case-law یا Judicial decisions است.

۲. ترویبه، میشل، فلسفه حقوق، ص ۱۱۸.

## مقدمه

در برخی از نظام‌های حقوقی، مانند کامن‌لا، آرای محاکم منبع درجه اول حقوق است. در برخی از نظام‌های حقوقی، مانند نظام رومی ژرمنی، آرای محاکم منبع اصلی حقوق محسوب نمی‌شود. در نظام حقوقی ایران آرای محاکم به دو دسته «آرای عادی» و «آرای وحدت رویه» تقسیم می‌شوند. آرای دسته اول در هیچ سطحی الزام‌آور نیستند، ولی آرای دسته دوم در موارد مشابه همانند قانون الزام‌آور محسوب می‌شوند. به تعبیر «ماکس وبر»، از چهره‌های ماندگار جامعه‌شناسی حقوق، اقدام دادگاه‌ها در صدور آرای عادی، «حقوق‌یابی» و در صدور آرای وحدت رویه، «حقوق‌سازی» نامیده می‌شود.<sup>۱</sup> در شیوه اول، قاعده حقوقی کشف و در شیوه دوم، قاعده حقوقی ساخته می‌شود. در این نوشتار تلاش ما بر این است که ماهیت و قلمرو هر یک از دو دسته آرا را از زاویه منبع حقوق بودن آنها مورد بررسی قرار دهیم.

### ۱. رویه قضایی به معنای عام

چنان که گفته شد، آرای صادره از محاکم در مقام رسیدگی به دعاوی مطروحه، «رویه قضایی» به معنای عام نامیده می‌شود.<sup>۲</sup> در دو نظام بزرگ حقوقی، یعنی کامن‌لا و رومی ژرمنی، رویه قضایی به معنای خاص به مفهومی که در نظام حقوقی ایران مصطلح است، وجود ندارد. در انگلستان آرای عادی محاکم عالی برای محاکم مادون لازم‌الاجراست و در فرانسه آرای محاکم در هیچ سطحی برای محاکم دیگر الزام‌آور نیست. اینک چگونگی تکوین و تأثیر رویه قضایی در دو نظام حقوقی کامن‌لا و رومی ژرمنی را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

#### ۱.۱. کشورهای کامن‌لا

در کشورهای کامن‌لا، نظیر انگلیس، رویه قضایی نقش مهمی در ایجاد حقوق داشته و دارد. در انگلیس پایه و اساس رأی دادگاه، آرای صادره در دعاوی پیشین بوده و رویه قضایی منبع

۱. علیزاده، عبدالرضا، به نقل از ماکس وبر، تحلیلی اجتماعی حقوقی و معرفتی از رویه قضایی، مجله حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۱۱، بهار و تابستان ۱۳۹۳، شماره ۱، ص ۱۴۳.  
2. Marty G. et Raynaud P., Droit civil, Introduction generale a l' etude du droit, n 117..

دست اول حقوق است. روش کار دادگاه‌های انگلیس بر پایه تبعیت محاکم پایین‌تر از آرای محاکم بالاتر استوار گشته است. در صورتی که رأی قبلی وجود نداشته باشد، قاضی به کمک عرف، راه حل قضیه را پیدا خواهد کرد. این رأی خود در آینده برای محاکم، منبع حقوق می‌شود. در این کشورها، قوه قضائیه نقش قوه مقننه را ایفا می‌کند و قانون به دست قضات ساخته می‌شود.<sup>۱</sup> نقش رویه قضایی در انگلستان نه فقط اجرای قواعد حقوقی، بلکه استخراج و تعیین قواعد حقوقی نیز بوده است. یعنی قضات ابتدا از عرف یا از آرای صادره قبلی (سوابق قضایی) قاعده استخراج می‌کنند، سپس آن قاعده را بر موضوع دعوا اعمال می‌نمایند.<sup>۲</sup> در حقوق کامن‌لا گفته می‌شود: وقتی که اختیار مطلق تفسیر هرگونه قانون مکتوب و شفاهی به قاضی داده شده است و او اختیار دارد بگوید حقوق چیست، عملاً قاضی قانون‌گذار حقیقی است.<sup>۳</sup> در انگلستان، از دیرباز در رسیدگی‌های قضایی دو نظم متفاوت تحت عنوان «کامن‌لا» و «انصاف» شکل گرفته است. این نظام دوگانه قضایی خصیصه انحصاری کشورهای انگلوساکسون است.<sup>۴</sup> البته امروزه دادگاه‌های کامن‌لا و انصاف هر دو تابع قاعده و ملتزم به آرای صادره قبلی هستند.<sup>۵</sup> بنابراین، در وضعیت کنونی انصاف نهادی همانند کامن‌لا بوده و خود منبع حقوق است.<sup>۶</sup>

## ۱.۲. کشورهای رومی ژرمنی

در کشورهای رومی ژرمنی مانند فرانسه که قانون نوشته دارند، قاضی عامل ایجاد قاعده حقوقی نیست، بلکه مأمور اجرای قاعده حقوقی است که قبلاً توسط قانون‌گذار وضع شده است. در فرانسه موتسکیو اولین حقوق‌دانی بود که اطاعت محض قاضی از متن قانون را به عنوان یک

1. Judge made law.

۲. داوید، رنه، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، شماره‌های ۳۲۲ و ۳۳۶.

3. John Cheffman Gray, *The nature and sources of the law*, p. 102 "whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the law-giver. Whoever hath an absolute authority not only to interpret the law, but to say what the law is, is truly the law-giver".

4 W. Friedmann, *Legal theory*, London, 1947, p. 304.

۵. ردیر، رنه، مقدمه‌ای بر حقوق تطبیقی، ترجمه دکتر سید محمد علوی، ص ۹۱؛ رنه داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، شماره ۳۴۰.

6. Carleton Kemp Allen, *law in the making*, Oxford university press, London, 1927, pps. 225, 231.

اصل ضروری اعلام کرد.<sup>۱</sup> به عقیده حقوق دانان معاصر فرانسوی، قواعد ناشی از رویه قضایی گرچه همانند قانون الزام آور هستند، ولی قدرت الزام آور این قواعد ذاتی نیست، بلکه اعتبار رویه قضایی ناشی از یک متن قانونی است.<sup>۲</sup> در فرانسه دیوان عالی کشور تضمین کننده وحدت حقوق است، ولی این وظیفه را از طریق فرجام خواهی محقق می سازد. در نظام حقوقی فرانسه رأی یک دادگاه حتی رأی دیوان عالی کشور برای سایر محاکم الزام آور نیست. قضات از صدور حکم به صورت قاعده کلی ممنوع هستند.<sup>۳</sup> حقوق دانان فرانسوی رویه قضایی را در قیاس با قانون و عرف، منبع حقوق به شمار نمی آورند.<sup>۴</sup> به عقیده این حقوق دانان،<sup>۵</sup> رویه قضایی را نمی توان در شمار منابع رسمی ایجاد قاعده حقوقی دانست.<sup>۶</sup> حتی در برخی موارد که دادگاه ها در آرای خود به آرای محاکم قبلی استناد کرده و پایه رأی خود را رویه قضایی موجود ذکر کرده باشند، دیوان عالی کشور رأی صادره را به دلیل استناد به رویه قضایی نقض نموده است.<sup>۷</sup> حقوق دانان فرانسوی عقیده دارند که در خصوص ایجاد و اجرای قاعده حقوقی دو نوع صلاحیت وجود دارد: صلاحیت نوع اول صلاحیت ایجاد و خلق<sup>۸</sup> قاعده حقوقی و صلاحیت نوع دوم صلاحیت تفسیر و اجرای قاعده حقوقی<sup>۹</sup> است. به عقیده این حقوق دانان، کسی که صلاحیت نوع اول را اعمال می کند، سخن و تصمیم او منبع حقوق است، ولی کسی که صلاحیت نوع دوم را اعمال می کند، سخن و تصمیم او منبع حقوق نیست.<sup>۱۰</sup> بنابراین، دادگاه ها که فقط صلاحیت تفسیر و اجرای

۱. مونتسکیو، *روح القوانین*، کتاب ۶، فصل ۳: «در حکومت های جمهوری اصولاً طبیعت و اساس حکومت طوری است که قضات باید مطابق مفاد قوانین رفتار کنند».

2. Ripert Georges, Les forces creatrices du droit, n 161..

۳. ماده ۵ قانون مدنی فرانسه.

4. Jean Carbonnier, *droit civil, introduction*, PUF, 20 ed, 1991, n 144: "La jurisprudence n est pas une veritable source du droit civil, comparable a la loi ou meme a la coutume. Mais elle est une autorite".

5. Geny, *Methode d interpretation et sources en droit prive positif*, t. 1, n 85 et n 149: "Je persisterai donc, quant a moi, a refuser de voir, en notre jurisprudence, une source formelle de droit prive positif, a cote de la loi ecrite et de la coutume, puisse jouir d une force creatrice independante".

6. Cornu Gerard, *Droit civil, introduction les personnes les biens*, n 440.

7. Ripert Georges, *Les forces creatrices du droit*, n 4.

8. *Les sources de droit*.

9. *L Autorite*.

10. Gerard Cornu, *Vocabulaire juridique*, p. 85: "Lautorite est un nom parfois donne a la jurisprudence et a la doctrine par opposition aux veritable sources de droit (loi et coutume).

قانون را دارند، محصول کارشان منبع حقوق محسوب نمی‌شود. البته در نظام حقوقی فرانسه، رویه قضایی همواره نقش منبع تکمیلی حقوق را ایفا نموده و در غیاب قانون مؤثر بوده است.<sup>۱</sup> حقوق دانان فرانسوی رویه قضایی به معنای آرای محاکم عادی را منبعی خام و فاقد صلاحیت برای منبع حقوق می‌دانند، ولی رویه قضایی به معنای آرای صادره از دیوان عالی کشور را که از پختگی و صلابت برخوردارند، برای منبع حقوق بودن مناسب می‌بینند.<sup>۲</sup>

### ۱.۳. نظام حقوقی ایران

#### ۱.۳.۱. سازمان قضایی

نظام قضایی ما دو درجه‌ای و بر پایه اصل «سلسله مراتب قضایی» استوار گشته است. لیکن، با وجود این سلسله مراتب، آرای صادره از دادگاه‌های بالاتر برای دادگاه‌های پایین‌تر در دعاوی مشابه الزام‌آور نیست. هیچ دادگاهی ملزم به تبعیت از آرای دادگاه‌های هم‌عرض یا بالاتر از خود نیست. بنابراین، دادگاه بدوی ملزم نیست رأی خود را مطابق آرای صادره از محکمه تجدید نظر صادر کند. آرای شعب دیوان عالی کشور نیز برای دادگاه‌های پایین‌تر الزام‌آور نیست.

#### ۱.۳.۲. شکل‌گیری رویه قضایی به معنای عام

اساس و پایه رویه قضایی رأی دادگاه است. تصمیم ارادی یک مقام رسمی به نام قاضی که بر طبق تشریفات مقرر در قانون در مقام رسیدگی به یک دعوا و اختلاف معین صادر می‌شود، رأی نام دارد. پرسشی که مطرح است، اینکه چگونه رأی دادگاه به رویه تبدیل می‌شود؟ در پاسخ باید گفت؛ آرای محاکم به دو صورت به «رویه قضایی» تبدیل می‌شوند. تحلیل نخست این است که کثرت آرا عامل اصلی تشکیل رویه قضایی است. تحلیل دوم این است که چون رأی دادگاه تبدیل به عادت می‌شود همین عادت عامل اصلی تشکیل رویه قضایی است. واقعیت این است که رویه قضایی به معنای عام منبع حقوق محسوب نمی‌شود، خواه عامل اصلی تشکیل آن «وجود آرای متعدد درباره یک موضوع» و خواه «عادت دادگاه‌ها» باشد. «کثرت» و «عادت» فقط برای توجیه الزام‌آوری رویه قضایی مؤثر است. صدور تعداد کثیری از آرای مشابه اماره بر این است که این راه‌حل معین در دادگاه‌ها به صورت عادت در آمده و در آینده قابل تکرار است.

1. Mazeaud H., L., et J., *Leçons de droit civil*, introduction a l etude du droit, p. 60.

2. Jestaz Philippe, *Les sources du droit*, Dalloz, 2005, p. 47.

بنابراین، می‌توان گفت عنصر اصلی رویه قضایی رأی دادگاه است.<sup>۱</sup> با تکرار راه‌حل‌های مشابه در دادگاه‌ها، «رأی» به رویه تبدیل و به اعتبار آن افزوده می‌شود. رویه قضایی «زنجیره پیوسته‌ای از آرای مشابه» است که توسط محاکم مختلف تکرار می‌شود.<sup>۲</sup> برخی نویسندگان فرانسوی عادت دادگاه‌ها را نوعی «عرف خاص» محسوب کرده‌اند.<sup>۳</sup> ولی باید گفت رویه قضایی با عرف تفاوت دارد. تفاوت رویه قضایی با عرف این است که در عرف هر دو عنصر مادی و معنوی وجود دارد، ولی در رویه قضایی عنصر مادی، یعنی دوام و استمرار، وجود دارد، ولی عنصر معنوی، یعنی اعتقاد به الزام‌آوری این رأی، برای همگان وجود ندارد. دادگاه‌ها می‌دانند که رویه‌های شکل‌گرفته برای آنها الزام‌آور نیست، ولی با این حال قضات به طور اختیاری از این رویه‌ها پیروی می‌کنند. بنابراین، در نظام حقوقی ایران رأی دادگاه منبع حقوق نیست. قاضی در مقام قضاوت وظیفه دارد که قوانین موضوعه موجود را شخصاً تفسیر و اجرا کند. قاضی در استدلال خود باید قیاسی بسازد که کبرای آن قاعده مندرج در قانون باشد. البته در صورت سکوت یا ابهام قانون، قاضی موظف است راه‌حلی برای دعوی مطروحه پیدا کند. لیکن راه‌حل قاضی در این گونه موارد کشف معنای قانون محسوب می‌شود، نه خلق قاعده حقوقی جدید. قواعد حقوقی مواد خامی هستند که قاضی از آنها «رأی» می‌سازد. به تعبیر برخی از اندیشمندان، قاضی زرگر ماهری است که با تراش دادن ماده خام شاهکار می‌آفریند.<sup>۴</sup> «رأی دادگاه» اعمال حاکمیت در مقام رفع اختلاف است نه در مقام وضع قاعده. تصمیم قاضی منحصر و محدود به موضوع و طرفین همان دعواست و برای سایر افراد و قضات سایر دادگاه‌ها الزامی ایجاد نمی‌کند. حتی خود قاضی ملزم به رعایت رأی خود در آینده نیست. بنابراین، در نظام حقوقی ایران آرای غیر وحدت رویه فقط کاشف معنای قانون موجود هستند و منبع حقوق محسوب نمی‌شوند. دلایل این مطلب به شرح ذیل است: الف) اگر رأی دادگاه منبع حقوق باشد، باید مانند قانون برای سایر محاکم الزام‌آور باشد. طبق اصل تفکیک قوا، قانون‌گذاری در انحصار قوه مقننه است. تنها مرجعی که

۱. بنابراین اگر قضات دادگاه‌ها در جمع خود مباحث علمی مطرح و اقلیت و اکثریت نظر خود را ارائه کنند و حاصل کار خود را به چاپ برسانند، این نظریات رویه قضایی محسوب نمی‌شود و شاید بتوان آن را دکترین نامید.

2. Geny Fr. Methode d' interpretation et sources en droit prive positif, t. 2, p. 6. .

3. Carbonnier, J., Droit Civil, introduction, Puf, 1955, n 142.

4. Michaut, Fr., Le role createur du juge selon l ecole de la sociological jurisprudence, R.I.D.C., 1987, P. 343.

می‌تواند به نام اراده عمومی، قانون وضع کند، قوه مقننه است. وضع قاعده حقوقی عام فقط در صلاحیت قوه مقننه است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می‌شود و هیچ مقامی نمی‌تواند جایگزین آن شود. قوه مقننه نمی‌تواند اختیار ایجاد قاعده حقوقی را به قضات تفویض نماید؛ ب) در نظام حقوقی ما رویه قضایی فرع بر قانون و نقش قضات محدود به اجرای قانون است. قضات ملزم به تبعیت از قوانین موجود هستند و حق وضع قاعده ندارند. بر اساس اصل ۱۶۶ قانون اساسی، «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است». همچنین بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی، «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد». لذا تا زمانی که درباره قضیه مورد رسیدگی حکم قانونی وجود داشته باشد، قاضی موظف است طبق قانون موجود رأی دهد. ساختار رأی به نحوی است که باید منطبق با قوانین موجود باشد. آنچه موقعیت رویه قضایی به عنوان منبع حقوق را تضعیف می‌کند، وابستگی آن به قانون است. به گفته برخی حقوق دانان در نظام حقوقی ایران، قاضی مأمور اجرای قانون و نگهبان آن بوده، موظف است که از حریم آن دفاع کند؛<sup>۱</sup> ج) قانون اساسی به قضات فقط اجازه تفسیر قانون را داده است. اختیار تفسیر قانون به معنای اختیار خلق قاعده حقوقی جدید نیست. تفاسیر قضات باید بر اساس مضمون و روح قوانین موجود استوار باشد؛<sup>۲</sup> د) یکی از ویژگی‌های قاعده حقوقی کلی بودن آن است، ولی رأی دادگاه فاقد این ویژگی می‌باشد. به همین دلیل است که در قوانین ما قضات از وضع قاعده کلی منع شده‌اند.<sup>۳</sup> حتی در جایی که قانون ساکت است، قاضی نمی‌تواند قاعده وضع کند، بلکه باید در هر دعوا به طور خاص رأی صادر کند. قاضی بازگوکننده حقوق است نه ایجادکننده حقوق؛<sup>۴</sup> ه) یکی از ویژگی‌های قاعده حقوقی الزام‌آور بودن آن برای همگان است. در نظام حقوقی ما، اصل بر این است که رأی یک دادگاه برای سایر محاکم الزامی ایجاد نمی‌کند. توجه به این نکته لازم است

۱. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، شماره ۳۳۳.

۲. در برخی از کشورهای تابع نظام رومی ژرمنی مانند سوئیس، در غیاب قانون و عرف، رویه قضایی منبع حقوق محسوب می‌شود. بر اساس ماده ۱ قانون مدنی سوئیس، در صورت عدم وجود قانون یا عرف، قاضی بر طبق قاعده‌ای رأی می‌دهد که اگر خود قانون‌گذار بود، آن قاعده را وضع می‌کرد.

۳. ماده ۴ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ مقرر می‌دارد: «دادگاه‌ها مکلف‌اند در مورد هر دعوا به طور خاص تعیین تکلیف نمایند و نباید به صورت عام و کلی حکم صادر کنند».

4. Marty G. et Raynaud P., *Droit civil, Introduction generale a l' etude du droit*, n 120, p. 219.

که در نظام حقوقی ایران سالانه چندین میلیون رأی از محاکم قضایی و شبه قضایی صادر می‌شود. اگر همه این آرا منبع حقوق و برای محاکم مختلف الزام‌آور باشد، چه آشفتگی عظیمی بر جامعه حکم‌فرما خواهد شد؛ و یکی از ویژگی‌های قاعده حقوقی داشتن ضمانت‌اجراست. رأی دادگاه فاقد ضمانت‌اجرای تخلف از آن است.<sup>۱</sup>

## ۲. رویه قضایی به معنای خاص

### ۲.۱. مفهوم رویه قضایی به معنی خاص

در قانون اساسی ما، قضات حتی در صورت سکوت و نقص و اجمال و تعارض قوانین ملزم به رسیدگی به دعوا هستند. اصل ۱۶۷ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «...قاضی نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». خودداری از رسیدگی به دعوا، استنکاف از احقاق حق محسوب می‌شود و مجازات دارد. نتیجه منطقی الزام قاضی به رسیدگی حتی در موارد سکوت و نقص و اجمال قانون این است که قاضی در این گونه موارد مجاز باشد عیب قانون را مرتفع سازد. راه‌حلی را که هر دادگاه در مقام رسیدگی به دعاوی مشابه ارائه می‌کند، بر اثر تکرار مداوم برای آن دادگاه به رویه تبدیل می‌شود. ممکن است سایر دادگاه‌ها نیز از همان راه‌حل پیروی کنند، در این صورت این راه‌حل تبدیل به رویه‌ای می‌شود که بسیاری از محاکم به آن عمل می‌کنند. هر چه تعداد دادگاه‌هایی که یک راه‌حل را اعمال می‌کنند بیشتر باشد، آن رویه فراگیرتر و قوی‌تر به نظر می‌رسد و بر اعتبار معنوی آن اضافه می‌شود. بنابراین، منظور از رویه، راه‌حلی است که اغلب دادگاه‌ها در حل و فصل دعاوی در پیش می‌گیرند. در واژه «رویه» مفهوم تکرار نهفته است. بدین ترتیب، یک راه‌حل قضایی زمانی به «رویه» تبدیل می‌شود که مدت‌ها و بارها توسط دادگاه‌های مختلف تکرار شده باشد. به تعبیر دیگر، تکوین رویه قضایی امری تدریجی است و با صدور یک رأی قابل ایجاد نیست.<sup>۲</sup>

محاکم مختلف در مقام تفسیر و اجرای قوانین، ممکن است از یک قانون استنباط‌های متفاوت داشته باشند و آرای متناقضی صادر کنند و در نتیجه رویه‌های متفاوتی پدید آید. تعدد

1. Ripert Georges, Les forces creatrices du droit, n 159.

2. No single decision makes law.



رویه‌های دادگاه‌ها تداعی‌کننده بی‌عدالتی است. عدالت اقتضا می‌کند که میان رویه‌های متکثر سازش و آشتی برقرار گردد. در نظام حقوقی ایران «هیئت عمومی دیوان عالی کشور»<sup>۱</sup> مأموریت یافته است که میان رویه‌های متعارض وحدت ایجاد کند. هیئت عمومی نظر خود درباره دو رأی متعارض را به صورت یک تصمیم رسمی اعلام می‌کند. تصمیم هیئت عمومی دیوان عالی کشور به انتخاب یکی از دو رأی متعارض «رأی وحدت رویه» نامیده می‌شود.

## ۲.۲. شرایط صدور رأی وحدت رویه

در نظام حقوقی ایران برای صدور رأی وحدت رویه قضایی و اداری شرایطی به شرح ذیل مقرر شده است:

### ۲.۲.۱. شرایط صدور رأی وحدت رویه قضایی

#### ۲.۲.۱.۱. وجود آرای متعارض

اولین شرط برای صدور رأی وحدت رویه وجود دو رأی متعارض است. در نظام حقوقی ایران تعارض آرای دادگاه‌ها در تمامی سطوح منشأ ایجاد رأی وحدت رویه خواهد شد. طبق آخرین اصلاحات قانونی در نظام حقوقی ایران، رأی وحدت رویه در صورتی قابل صدور است که آرای متعارض از دو شعبه دادگاه یا دو شعبه دیوان عالی کشور یا یک شعبه دادگاه و یک شعبه دیوان عالی کشور صادر شده باشد.<sup>۲</sup> بنابراین، اگر دو رأی متعارض از یک شعبه دادگاه صادر شده باشد، موجبات صدور رأی وحدت رویه قضایی فراهم نمی‌گردد.<sup>۳</sup> اگر یکی از دو رأی متعارض، اصراری باشد، صدور رأی وحدت رویه بلامانع است. البته آرای متعارض هنگامی مستند صدور رأی وحدت رویه قرار می‌گیرند که قطعی شده باشند.

#### 1. Assemblée plenière.

۲. طبق قانون سال ۱۳۱۹، «صدور رأی متعارض از دادگاه‌هایی که به دعاوی امور حسبی رسیدگی می‌کنند» و طبق قانون سال ۱۳۲۸، «صدور رأی متعارض از شعب دیوان عالی کشور» و طبق قانون سال ۱۳۳۷، «صدور رأی متعارض از محاکم عادی اعم از حقوقی و کیفری». منشأ صدور رأی وحدت رویه اعلام شده بود. لیکن طبق آخرین اصلاحات قانونی در سال ۱۳۹۲، اختلاف آرای همه دادگاه‌ها و شعب دیوان عالی کشور در کلیه دعاوی، اعم از حقوقی، کیفری و امور حسبی، مجوز صدور رأی وحدت رویه است.
۳. البته در دیوان عدالت اداری طبق ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری، رأی متعارض از یک شعبه نیز موجب صدور رأی وحدت رویه است.

### ۲.۲.۱.۲. تشکیل هیئت عمومی دیوان عالی کشور و صدور و انشای رأی

هیئت عمومی دیوان عالی کشور که مجاز به صدور رأی وحدت رویه است، هیئتی متشکل از رؤسا، مستشاران و معاونین کلیه شعب مدنی و کیفری است که به ریاست رئیس دیوان عالی کشور و با حضور دادستان کل کشور تشکیل می‌شود. رأی اکثریت هیئت عمومی رأی وحدت رویه محسوب می‌شود. تقاضای تشکیل هیئت عمومی دیوان عالی کشور در صلاحیت رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل کشور است.<sup>۱</sup> هر یک از این دو مقام به هر طریقی از صدور آرای متعارض در محاکم دادگستری مطلع گردد، مکلف است تشکیل هیئت عمومی را درخواست کند. قضات دیوان عالی کشور، قضات دادگاه‌ها، دادستان‌ها و وکلای دادگستری می‌توانند از طریق این دو مقام درخواست تشکیل هیئت عمومی کنند. پس از بحث و مذاکره دیدگاه‌های مختلف به رأی گذاشته می‌شود. تصمیم اکثریت اعضای هیئت عمومی دیوان عالی کشور رأی وحدت رویه نامیده می‌شود.

### ۲.۲.۲. شرایط صدور رأی وحدت رویه اداری

در نظام حقوقی ایران، محاکم اداری در کنار محاکم قضایی به حل و فصل اختلافات اداری میان دولت و مردم اقدام می‌کنند. دیوان عدالت اداری به عنوان عالی‌ترین مرجع رسیدگی اداری، عهده‌دار رسیدگی به دعاوی علیه دولت و تصمیمات مقامات اداری است. این دیوان دارای شعب متعددی است. هر شعبه دیوان یک دادگاه مستقل محسوب می‌شود و مستقلاً رأی صادر می‌کند. شعب دیوان ممکن است آرای متعارض صادر کنند. پس از وقوع انقلاب اسلامی و در زمان آغاز به کار دیوان عدالت اداری در نظام حقوقی ایران، این پرسش مطرح شده بود که اختلاف شعب دیوان عدالت اداری برای صدور رأی وحدت رویه به دیوان عالی کشور فرستاده شود یا بهتر است که به خود دیوان عدالت اداری اجازه صدور رأی وحدت رویه داده شود؟ قانون اساسی در این باره ساکت است. با توجه به اینکه قانون اساسی تعیین حدود اختیارات و نحوه عمل دیوان را به قانون محول نموده است،<sup>۲</sup> دیدگاه دوم غلبه یافت؛ یعنی مجلس اختیار صدور رأی وحدت رویه را به هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز اعطا نمود. دادن مجوز صدور رأی وحدت رویه به دیوان

۱. قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲.

۲. اصل ۱۷۳ قانون اساسی.

عدالت اداری توسط مجلس محل ایراد است. پاره‌ای از این ایرادات به شرح ذیل است: الف) رأی وحدت رویه در حکم قانون برای همه محاکم لازم‌الاجرا می‌شود. همین ویژگی رأی وحدت رویه اقتضا می‌کند که مرجع صدور چنین آرای بایستی در قانون اساسی معین شود نه در قانون عادی؛ ب) در قانون اساسی ایجاد وحدت رویه قضایی فقط به دیوان عالی کشور اعطا شده است؛<sup>۱</sup> ج) با وجود اینکه نهاد دیوان عدالت اداری در قانون اساسی پیش‌بینی شده است، ولی در قانون اساسی اختیار صدور رأی وحدت رویه به آن داده نشده است. از نظر اصول حقوق عمومی، دادن این اختیار در قانون عادی به این نهاد مغایر قانون اساسی است؛ د) اصل استقلال قاضی در استنباط از قانون، ایجاب می‌کند که قضات مکلف نباشند از آرای قضات دیگر تبعیت نمایند. رأی وحدت رویه مستثنا بر این قاعده است، یعنی قاضی را مکلف می‌کند از استنباط قضات دیگر تبعیت نماید. در این استثنا باید به قدر متیقن اکتفا شود و قدر متیقن اعطای اختیار به دیوان عالی کشور است که در قانون اساسی به صراحت ذکر شده است. ه) دیوان عالی کشور در رأس تمام دادگاه‌های عمومی و اختصاصی کشور از جمله دادگاه‌های نظامی و دادگاه‌های اداری قرار دارد. اگر به موجب قانون عادی به یک دسته از محاکم، یعنی محاکم اداری، اجازه صدور رأی وحدت رویه داده شود، سایر اقسام محاکم مانند محاکم نظامی نیز ممکن است تقاضای صدور رأی وحدت رویه داشته باشند. زیرا محاکم نظامی نیز درست همانند دیوان عدالت اداری بر اساس قانون اساسی تشکیل شده‌اند؛<sup>۲</sup> و) در قانون اساسی وظیفه «نظارت بر حسن اجرای قوانین و مقررات در محاکم» و وظیفه «ایجاد وحدت رویه» با هم به دیوان عالی کشور اعطا گردیده است. این دو وظیفه لازم و ملزوم یکدیگرند. از تلازم میان این دو وظیفه می‌توان دریافت که مرجعی صلاحیت اعمال وظیفه دوم را دارد که برای انجام وظیفه اول نیز صلاحیت داشته باشد. دیوان عدالت اداری که بر اساس قانون اساسی وظیفه نظارت بر حسن اجرای قوانین و مقررات در

۱. اصل ۱۶۱ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «دیوان عالی کشور به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی و انجام مسئولیت‌هایی که طبق قانون به آن محول می‌شود، بر اساس ضوابطی که رئیس قوه قضاییه تعیین می‌کند، تشکیل می‌گردد».

۲. اصل ۱۷۲ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «برای رسیدگی به جرائم مربوط به وظایف خاص نظامی یا انتظامی اعضای ارتش، ژاندارمری، شهربانی و سپاه پاسداران انقلاب اسلامی، محاکم نظامی مطابق قانون تشکیل می‌شود...».

محاكم را بر عهده ندارد، نمی‌تواند وظیفهٔ دوم یعنی اختیار ایجاد وحدت رویه را بر عهده گیرد. (ز دیوان عدالت اداری محکمهٔ مستقلی در عرض دیوان عالی کشور نیست. از نظر اصول قضایی عالی‌ترین مرجع رسیدگی دیوان عالی کشور است. اگر دیوان عدالت اداری تابع نظارت دیوان عالی کشور نباشد. در نظام حقوقی ایران، دو دیوان به صورت دو جزیرهٔ مستقل عمل خواهند کرد که خلاف اصل وحدت رسیدگی قضایی است. لذا بهترین شیوه این است که صدور آرای وحدت رویه مربوط به همهٔ دادگاه‌ها به صورت متمرکز و به عهدهٔ دیوان عالی کشور به عنوان بالاترین مرجع قضایی کشور باشد. در اصل ۸۸ متمم قانون اساسی مشروطه نیز مقرر شده بود که: «حکمیت منازعه در حدود ادارات و مشاغل دولتی به موجب مقررات قانون به محکمه تمیز راجع است». بنابراین، طبق قانون اساسی مشروطه نیز رفع اختلاف میان آرای صادره از مراجع اداری در صلاحیت دیوان عالی کشور بود.<sup>۱</sup> با توجه به موارد فوق بهتر آن است که اختلاف آرای شعب دیوان عدالت اداری نیز مانند سایر اقسام محاکم برای صدور رأی وحدت رویه به دیوان عالی کشور فرستاده می‌شد. در هر صورت در وضعیت کنونی، دیوان عدالت اداری اجازهٔ صدور رأی وحدت رویه پیدا کرده است. ایجاد وحدت رویهٔ اداری میان آرای شعب بر عهدهٔ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری است که متشکل از رؤسا و مستشاران شعب دیوان می‌باشد. دیوان عدالت اداری به دو طریق رأی وحدت رویه صادر می‌کند.<sup>۲</sup>

#### ۲.۲.۲.۱. روش اول: رأی وحدت رویه بر اساس آرای متعارض

هرگاه یک یا چند شعبهٔ دیوان عدالت اداری آرای متعارض صادر کنند، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از میان آرای متعارض یکی را انتخاب و به عنوان رأی وحدت رویه اعلام می‌کند. مادهٔ ۸۹ قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲/۳/۲۵ مقرر می‌دارد: «هر گاه در موارد مشابه آرای متعارض از یک یا چند شعبه دیوان صادر شده باشد، رئیس دیوان موظف است به محض اطلاع، موضوع را ضمن تهیه و ارائهٔ گزارش در هیئت عمومی دیوان

۱. طبق مادهٔ ۱۴ قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰/۹/۲۲ مرجع حل اختلاف در صلاحیت بین شعب دیوان و سایر مراجع قضایی، شعب دیوان عالی کشور است. همین امر نشان می‌دهد که در نظام حقوقی ایران عالی‌ترین مرجع قضایی دیوان عالی کشور است.  
۲. بند ۲ و ۳ مادهٔ ۱۲ قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰/۹/۲۲.

مطرح نماید. هیئت عمومی پس از بررسی و احراز تعارض و اعلام رأی صحیح، نسبت به صدور رأی اقدام می‌نماید. این رأی برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است...». طبق این ماده، اگر در یک شعبه دیوان دو رأی متعارض صادر شود، هیئت عمومی می‌تواند یکی از دو رأی را به عنوان وحدت رویه اعلام نماید. این شیوه ایجاد رویه قابل ایراد است.

### ۲.۲.۲.۲ روش دوم: رأی وحدت رویه بر اساس آرای مشابه

اصولاً واژه «وحدت رویه» زمانی به کار می‌رود که اختلاف و تعارض آرا وجود داشته باشد. وقتی که تعارضی وجود نداشته باشد، وحدت معنی ندارد. با وجود این، قانون ما به دیوان عدالت اداری تکلیف نموده است که از «وحدت»، «وحدت» بسازد. طبق این رویکرد، هر گاه دو یا چند شعبه دیوان عدالت اداری در موضوع معینی رأی مشابه صادر کرده باشند، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری می‌تواند مفاد آرای مشابه دو یا چند شعبه دیوان را به عنوان «رأی وحدت رویه» اعلام کند. ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰/۹/۲۲ مقرر می‌دارد: «هر گاه در موضوع واحد حداقل پنج رأی مشابه از دو یا چند شعبه دیوان صادر شده باشد، رئیس دیوان می‌تواند موضوع را در هیئت عمومی مطرح و تقاضای تسری آن را نسبت به موضوعات مشابه نماید. در صورتی که هیئت عمومی آرای صادر شده را صحیح تشخیص دهد، آن را برای ایجاد رویه تصویب می‌نماید. این رأی برای سایر شعب دیوان، ادارات و اشخاص حقیقی و حقوقی مربوط لازم‌الاتباع است». بر طبق این ماده، همین که تعداد آرای مشابه صادره از دو یا چند شعبه به پنج عدد برسد، هیئت عمومی آن رأی را به عنوان رویه برای همه شعب دیوان الزامی می‌سازد. بر این شیوه صدور رأی وحدت رویه چند ایراد وارد است: ایراد اول این است که معلوم نیست معیار شباهت پنج رأی صادره چیست؟ ایراد دوم این است که اگر هم‌زمان آرای متعارضی از سایر شعب صادر شده باشد، باز هم این شیوه ایجاد رأی وحدت رویه تجویز می‌شود یا نه؟ ایراد سوم این است که هیئت عمومی با اقدامی شتاب‌زده و زود هنگام، امکان شکل‌گیری رویه‌های مخالف را از شعب دیوان سلب می‌کند. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با این اقدام خود به خلق رویه می‌پردازد. در این شیوه به بهانه ایجاد رویه، نظر حداقل دو تن از قضات دیوان عدالت اداری بدون شرط شکل‌گیری رویه، برای همه دادگاه‌ها الزام‌آور اعلام

می‌شود و ابتکار عمل را از قضات دادگاه‌ها سلب می‌کند و مانع رشد و بالندگی اندیشه حقوقی می‌شود. در واقع شیوه دوم با مد نظر قرار دادن آرای مشابه، قلمرو شیوه اول را محدود می‌سازد و مجالی برای بروز آرای مخالف باقی نمی‌گذارد.

### ۲.۳. منبع حقوق بودن آرای وحدت رویه

پرسش اساسی این است که آیا رویه قضایی به معنای اخص منبع حقوق است؟ در پاسخ باید گفت که در نظام حقوقی ایران رویه قضایی به معنای اخص منبع ایجاد حقوق نیست. زیرا قاضی طبق قانون اساسی ما حق ایجاد قاعده حقوقی را ندارد. ولی آرای وحدت رویه منبع تکمیلی حقوق محسوب می‌شوند. حقوق دانان کشور ما تکمیلی بودن رأی وحدت رویه را پذیرفته‌اند.<sup>۱</sup> یعنی مفاد این آرا در صورتی که قانونی بر خلاف آن موجود نباشد، برای همه دادگاه‌ها الزام‌آور تلقی می‌شود. رأی وحدت رویه همانند قانون برای همه دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است. در امور کیفری، آرای وحدت رویه فقط بیان قصد مقنن است و نمی‌تواند قاعده حقوقی ایجاد کند.<sup>۲</sup> حقوق دانان در نظام حقوقی ایران با تأکید بر این جنبه رویه قضایی می‌گویند: «در مواردی که دیوان کشور می‌تواند برخلاف اصل کلی، آرای نوعی صادر کند و سایر محاکم را ناگزیر از رعایت آن سازد، رویه قضایی در ردیف منابع رسمی حقوق قرار می‌گیرد».<sup>۳</sup> بنابراین، رویه قضایی زمانی منبع حقوق محسوب می‌شود که قوانین درباره قضیه مطروحه ساکت، ناقص یا مجمل بوده یا با قوانین دیگر در تعارض باشد. در این صورت قضات با مراجعه به منابع دیگر مانند عرف، رویه قضایی، دکترین و اصول حقوقی و با اجتهاد و تفسیر خود به صدور رأی مبادرت می‌ورزند. البته در چنین وضعی قضات اقدام به خلق قاعده حقوقی در سطحی بسیار نازل می‌کنند.<sup>۴</sup> بنابراین، رویه قضایی با ارائه تفسیری سازنده از قوانین می‌تواند در رفع نقص از این منبع حقوق نقش مهمی ایفا نماید.

۱. اعتدال، محمد، اهمیت و اعتبار رویه قضایی، ص ۴۸.

۲. اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، جلد ۱، ص ۲۰۰.

۳. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، شماره ۱۶۷، جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی علم حقوق، ص ۸۹.

4. Marty G. et Raynaud P., Droit civil, Introduction generale a l' etude du droit, p. 219.

## ۲.۴. مزایا و معایب آرای وحدت رویه

آرای وحدت رویه مانند شمشیر دولبه‌ای هستند که می‌توانند سبب رشد و شکوفایی نظام حقوقی یا باعث رکود و توقف در اندیشه حقوقی گردند. اینک مزایا و معایب این نهاد حقوقی را بررسی خواهیم نمود:

### ۲.۴.۱. مزایای رأی وحدت رویه

۱. در صورتی که قوانین نقص و ابهام یا تعارض داشته باشند، رأی وحدت رویه وسیله‌ای برای جبران این خلأ و رفع سرگردانی دادگاه‌هاست. نظام حقوقی هر کشور از طریق رویه قضایی به «خودتکمیل‌گری» می‌پردازد<sup>۱</sup> و حقوق را انعطاف‌پذیر می‌سازد. به تعبیر دیگر، قضات با نیروی فهم و درک و استنباط خود نقایص قانون را برطرف می‌کنند.<sup>۲</sup>
۲. رأی وحدت رویه ضمن حفظ وحدت و یکپارچگی در تفسیر قوانین، از تشتت آرا و تبعیض و بی‌عدالتی جلوگیری می‌کند. وقتی که در خصوص یک موضوع آرای مختلفی صادر شده باشد، با صدور رأی وحدت رویه توسط دیوان عالی کشور، ثبات و یکپارچگی بر حقوق حاکم، و از تبعیض و بی‌عدالتی اجتناب خواهد شد.
۳. رأی وحدت رویه با تکیه بر اصول حقوقی و با ارائه جدیدترین افکار حقوقی، راه‌حل‌های ابتکاری را پیشنهاد و به پیشرفت اندیشه حقوقی کمک می‌کند. رویه قضایی خون تازه‌ای به رگ‌های قانون وارد و آن را با نیازهای جدید سازگار می‌کند.
۴. رأی وحدت رویه با ارائه تفسیری متناسب با مصالح اجتماعی، مسیر تغییر و اصلاح قانون را به مقنن نشان می‌دهد. مقنن گاه مسئله‌ای را تعمداً مسکوت یا مبهم رها می‌کند تا پس از طرح آن در دادگاه‌ها و شکل‌گیری رویه‌های مختلف و ظهور استدلال‌های حقوقی و قضایی، قانون را با توجه به این مباحثات و مناقشات به عمل آمده اصلاح نماید.
۵. رأی وحدت رویه از اجرای صحیح قانون مراقبت و محافظت می‌کند. صدور رأی وحدت رویه به معنای این است که تاکنون، قانون در محاکم درست اجرا نمی‌شده است.

۱. علیزاده، عبدالرضا، تحلیلی اجتماعی حقوقی و معرفتی از رویه قضایی، مجله حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۱۱، بهار و تابستان ۱۳۹۳، شماره ۱، ص ۱۴۱.  
 ۲. مدنی، سید جلال‌الدین، رویه قضایی، انتشارات پایدار، ۱۳۹۵، ص ۷۶.

## ۲.۴.۲. معایب رأی وحدت رویه

منظور از معایب رأی وحدت رویه خطرهایی است که امکان دارد به واسطه گسترش صدور رأی وحدت رویه متوجه نظام حقوقی کشور شود.

۱. رأی وحدت رویه برخلاف اصل تفکیک قواست و دخالت در کار قانون گذار محسوب می‌شوند. حقوق دانان فرانسوی<sup>۱</sup> و ایرانی بر این نکته تأکید دارند که دادگاه‌ها نباید در امر تقنین مداخله کنند و به خلق قاعده بپردازند.<sup>۲</sup> این آرا تهدیدی جدی برای قانون گذاری محسوب می‌شوند. امروزه اموری که به همگان مربوط می‌شود، در صلاحیت قانون دانسته شده و کار قاضی فصل خصومت میان دو طرف در یک دعوای معین است. رویه قضایی یک منبع تفسیری حقوق است نه منبع ایجاد. اگر قضات پا را از این مرز فراتر نهند و اقدام به تدوین قاعده کلی نمایند، در کار قانون گذار مداخله کرده‌اند. همان گونه که قانون گذار نباید جای قضات بنشیند، قضات هم نباید ردای قانون گذار را بپوشند و در جایگاه مقنن بایستند. قضات نباید خود را رقیب قانون گذار بدانند. رأی وحدت رویه به طور خاموش در بافت قوانین رخنه می‌کند و با تغییر مفهوم قانون، نظم حقوقی جامعه را از مسیر اصلی خود خارج می‌سازد. وقتی که رأی وحدت رویه برای همه مردم الزام آور شود، رأی تبدیل به قانون شده است. به تعبیر دیگر، رأی وحدت رویه قضایی در ایران گونه‌ای قانون گذاری قضایی است. در نظام حقوق نوشته، قانون و رویه قضایی دو قسیم از یک مقسم نیستند. رأی دادگاه استنباط از قانون است و آنچه اهمیت دارد، قانون است. استنباط از قانون در یک دعوای معین نباید توسعه و تعمیم یابد و شکل قانون به خود بگیرد. در هر صورت حجم بالای رأی صادره از هیئت عمومی دیوان عالی کشور و هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به صحنه رقابت میان قانون و رویه قضایی مبدل گشته است.

1. Weill Alex, *Droit civil*, introduction generale, n 172.

۲. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، شماره ۱۲۵: «رأی وحدت رویه از نظر اصول، به طور مسلم با اصل جدایی قوای سه گانه و قانون اساسی مخالف است. زیرا به این وسیله دیوان کشور مجاز شده است که در وظایف ویژه قانون گذاری دخالت کند و به وضع قواعد کلی که از خصایص قانون است، مبادرت ورزد»؛ حسن جعفری تبار، دیو در شیشه، در فلسفه رویه قضایی، ص ۴۳.



۲. رأی وحدت رویه ناقض اصل استقلال قضات در تفسیر قانون است. به تعبیر دیگر، هر گونه اجبار قضات به تبعیت از رأی مرجعی دیگر جز قانون، خلاف استقلال قضایی است. اگر محاکم دادگستری از بحث و گفتگو پیرامون موضوعاتی که رأی وحدت رویه صادر شده است، منع شوند، استقلال قاضی در استنباط از قوانین خدشه دار می‌شود.

۳. آرای وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور، خدشه‌ناپذیر است و توسط هیچ مرجعی مورد نظارت و بازبینی قرار نمی‌گیرد. از سوی دیگر، هیئت عمومی دیوان عالی کشور مصون از نقص و خطا نیست. آرای وحدت رویه گاه با عباراتی چنان کوتاه و موجز صادر می‌شوند که رفع نقص و ابهام از آنها خود مستلزم صدور رأی دیگری است.<sup>۱</sup> گاه ممکن است میان آرای وحدت رویه تعارض پدید آید؛ یعنی پس از مدتی هیئت عمومی نظری کاملاً مخالف نظر سابق خود را اعلام نماید. همین تغییر مکرر آرای وحدت رویه موجب عدم امنیت در روابط حقوقی می‌شود.<sup>۲</sup> گاه هیئت عمومی چندین بار تغییر عقیده داده است.<sup>۳</sup> رأی هیئت عمومی ممکن است بر خلاف قانون یا اصول و موازین حقوقی یا به اشتباه صادر شده باشد. تغییر مکرر برخی از آرای وحدت رویه گواه این مدعاست. همین واقعیت باعث شده است که مقنن هیئت عمومی دیوان عدالت اداری را ملزم سازد که در برخی موارد در رأی وحدت رویه خود بازنگری کند.<sup>۴</sup>

۴. افزایش دعاوی در دادگستری سبب تعدد و تشتت آرای دادگاه‌ها گشته است. دیوان عالی کشور نیز برای سامان بخشیدن به این وضعیت آشفته، با سراسیمگی هرچه تمام‌تر و در اولین فرصت ممکن، رأی وحدت رویه صادر می‌کند. صدور آرای وحدت رویه در نظام حقوقی ایران

1. Marty G. et Raynaud P., Droit civil, Introduction generale a l' etude du droit, p. 218.

۲. محمد زاده وادقانی، علیرضا، رویه قضایی و نقش سازنده آن در حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ص ۴۷.

۳. به عنوان مثال، هیئت عمومی دیوان عالی کشور رأی وحدت رویه شماره ۵۷۵ را در تاریخ ۱۳۷۱/۲/۲۹ و سپس رأی وحدت رویه شماره ۵۸۱ را در تاریخ ۱۳۷۱/۱۲/۲ درست متعارض با رأی اول صادر نمود. هر چه بر تعداد آرای وحدت رویه افزوده شود، احتمال بروز این‌گونه آشفتگی‌ها در آرای وحدت رویه بیشتر می‌شود.

۴. بر اساس ماده ۹۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰/۹/۲۲، اگر رئیس قوه قضائیه یا رئیس دیوان عدالت اداری یا بیست نفر از قضات دیوان عدالت اداری مدعی شوند که رأی هیئت عمومی دیوان اشتباه، مغایر قانون و یا در تعارض با آرای دیگر همان هیئت است، هیئت مکلف است رأی قبلی خود را مجدداً مورد بازنگری قرار دهد.

شتاب و حجم روزافزون یافته است. با افزایش روزافزون تعداد آرای وحدت رویه، کیفیت این آرا کاهش می‌یابد. حجم عظیم آرای وحدت رویه در یک نظام مبتنی بر حقوق نوشته، فاقد توجیه منطقی است و همین امر خود سبب سردرگمی قضات می‌گردد. قاضی باید هم‌زمان به دو منبع موازی یعنی قانون و رویه قضایی مسلط باشد. گاه ممکن است رأی وحدت رویه توسط قانون نسخ صریح یا ضمنی شده باشد که خود باعث پیچیدگی این وضعیت می‌شود، زیرا شناخت آرای منسوخه بسیار دشوار می‌گردد. عدم تدوین فهرست‌های موضوعی جامع و دقیق از این گونه آرا، اطلاع و دسترسی قضات به آنها را دشوار نموده است.

۵. برای صدور رأی وحدت رویه وجود دو رأی متعارض از دو دادگاه مختلف کافی است. هیئت عمومی دیوان عالی کشور با انتخاب یکی از دو رأی متعارض آن را به عنوان رأی وحدت رویه اعلام می‌کند. اطلاق وحدت رویه بر این شیوه گزینش چندان دقیق نیست، زیرا تعارض دو رأی لزوماً به معنای تعارض دو رویه نیست. «رویه» نظریه‌ای است که با آرای متعدد دادگاه‌های مختلف تثبیت و پایدار شده باشد. بنابراین، خصیصه اصلی «رویه» پختگی و ثبات ناشی از تکرار است. اطلاق رویه هنگامی صحیح است که هر یک از دو رأی دادگاه بر اثر تکرار به یک جریان فکری تبدیل شده باشد. وجود یک رأی به معنای وجود رویه نیست. بنابراین، وقتی که دو رأی متعارض از دو دادگاه صادر شود، بدون اینکه این دو رأی از طریق تکرار و تداوم به رویه تبدیل شده باشند، اقدام هیئت عمومی دیوان عالی کشور در انتخاب یکی از آن دو رأی، وحدت رویه به معنای واقعی کلمه محسوب نمی‌شود.

۶. دیوان عالی کشور فقط باید بر امور شکلی نظارت کند. دخالت در امور موضوعی و ماهوی بر خلاف جایگاه و شأن دیوان عالی کشور است. وظیفه و کارکرد رأی وحدت رویه رفع تعارض میان آرا است. آرای متعارض ممکن است در امور ماهوی یا شکلی باشد. بنابراین، رأی وحدت رویه ممکن است در امور شکلی یا ماهوی باشد. مداخله دیوان عالی کشور در امور موضوعی و ماهوی نظام حقوقی را به بن‌بست می‌کشاند. به عنوان مثال، اگر در موضوع معینی دو قانون وجود داشته باشد و یک دادگاه با احراز تعارض میان دو قانون و طبق قواعد نسخ ضمنی، بر اساس قانون مؤخر رأی صادر کند و دادگاه دیگری تعارض را احراز نکند و طبق قانون مقدم رأی دهد، تشخیص این دو دادگاه در احراز یا عدم احراز تعارض یک امر

ماهوی است و دیوان عالی کشور درباره این گونه امور صلاحیت ندارد. اگر هیئت عمومی دیوان عالی کشور رأی اول را تأیید کند، به معنای این است که دو قانون با یکدیگر متعارض هستند و قضات در موارد مشابه باید طبق قانون دوم رأی صادر کنند. ولی اگر هیئت عمومی رأی دوم را تأیید کند، به معنای این است که دو قانون با یکدیگر متعارض نیستند. متعارض بودن یا نبودن دو قانون یک امر موضوعی است نه حکمی. امور موضوعی در حیطه تشخیص هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیست. رأی وحدت رویه شماره ۳۰ مورخ ۱۳۶۴/۱۰/۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور درباره چگونگی رفع حجر صغار درباره یک امر ماهوی است.

۷. بر اساس آخرین قانون مربوط به وحدت رویه،<sup>۱</sup> هیئت عمومی دیوان عالی کشور از رؤسا، مستشاران و معاونین کلیه شعب دیوان عالی کشور تشکیل می‌شود. بر اساس حکم این قانون، اگر تعداد شعب دیوان عالی کشور پنجاه شعبه و هر شعبه متشکل از یک رئیس و یک مستشار و یک معاون باشد، تعداد اعضای هیئت عمومی دیوان عالی کشور برای اعلام رأی وحدت رویه حدود صد و پنجاه نفر می‌شود. از نظر منطقی، واگذار کردن امر تفسیر قانون در یک پرونده معین به یک هیئت صد و پنجاه نفره خلاف روش علمی است. دست یافتن به یک نظر علمی، در جمعی با این تعداد و ترکیب بسیار دشوار است. نمی‌توان اقدام دیوان کشور را به تصویب قانون توسط قوه مقننه قیاس کرد که از سر ناچاری باید نمایندگانی از همه اقشار و مناطق کشور در آن حضور داشته باشند. اساساً فلسفه رأی وحدت رویه باید مورد تحلیل و تأمل قرار گیرد.

۸. بر طبق قانون اساسی ایجاد وحدت رویه از اختصاصات دیوان عالی کشور است.<sup>۲</sup> ولی در نظام حقوقی ایران دو مرجع، یعنی دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری، اقدام به صدور رأی وحدت رویه می‌کنند. بر اساس ماده ۴۷۱ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور برای محاکم اداری و دیوان عدالت اداری لازم‌الاتباع است. ولی بر اساس مواد ۸۹ و ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰/۹/۲۲، آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری برای محاکم عمومی

۱. ماده ۴۷۱ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴.

۲. اصل ۱۶۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی.

دادگستری و هیئت عمومی دیوان عالی کشور الزام‌آور نیست. بنابراین، ممکن است رأی صادره از هیئت عمومی دیوان عالی کشور با رأی صادره از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در تعارض باشد. در صورت تعارض میان آرای این دو مرجع، رأی دیوان عالی کشور بر رأی دیوان عدالت اداری مقدم خواهد بود؛ زیرا اولاً دیوان عالی کشور عالی‌ترین مرجع قضایی در کشور است و ثانیاً در قانون اساسی به صلاحیت صدور رأی وحدت رویه توسط دیوان عالی کشور تصریح شده است.<sup>۱</sup>

۹. وحدت رویه زمانی صدق می‌کند که دیوان عالی کشور یکی از دو رویه رایج را تأیید کند. گاه هیئت عمومی فقط به زدن مهر تأیید بر یکی از دو رأی متعارض، آن را به عنوان رأی وحدت رویه برمی‌گزیند. لیکن هیئت عمومی گاه با استفاده از اختیار ناشی از قانون وحدت رویه و رای مفاد یکی از دو رأی متعارض تصمیم خود را اعلام می‌کند.<sup>۲</sup> هیئت عمومی سپس در پایان رأی خود می‌نویسد: رأی فلان شعبه دادگاه که با این نظر موافق است، مورد تأیید است. آنچه ملاک عمل قرار می‌گیرد، مفاد رأی وحدت رویه است که توسط هیئت عمومی انشا می‌شود که ممکن است با هر دو رأی موردنظر بیگانه باشد. در این صورت، نام وحدت رویه پوششی برای نظر هیئت عمومی است. برخی از حقوق‌دانان این نکته را به زیبایی ترسیم نموده و گفته‌اند: آرای وحدت رویه هرگز رویه شکل‌گرفته دیگر دادگاه‌ها را بیان نمی‌کنند، بلکه خود برای آینده دادگاه‌ها رویه‌ای مشخص را تکلیف می‌کنند. پس چیزی که باید در نتیجه سال‌ها گفتگو حاصل شود، به یک لحظه در دیوان عالی برای همه دادگاه‌ها معلوم و مقرر می‌شود.<sup>۳</sup>

۱. هاشمی، سید محمد، *حقوق اساسی*، جلد ۲، شماره ۴۴۴.

۲. ماده ۴۷۱ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ به هیئت عمومی دیوان عالی کشور اجازه داده است «موضوع مورد اختلاف را بررسی و نسبت به آن اتخاذ تصمیم کند».

۳. جعفری تبار، حسن، *دیو در شیشه*، در فلسفه رویه قضایی، ص ۴۳.

### نتیجه گیری

در نظام حقوقی ایران آرای عادی دادگاهها در هیچ یک از سطوح برای یکدیگر الزام آور نیست. آرای صادر شده نیز که در مقام فرجام خواهی صادر می شود، فقط برای شعبه معین و در دعوی معین الزام آور است و منبع حقوق محسوب نمی شود. آرای وحدت رویه صادره توسط هیئت عمومی دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری منبع تکمیلی حقوق محسوب می شوند و نباید مخالف قوانین عادی باشند. جایگاه همین آرا نیز مورد انتقاد است. برای اجتناب از ایرادات وارده بر این گونه آرا، دو راه حل به نظر می رسد: راه حل اول این است که به جای شاخ و برگ دادن به نهاد وحدت رویه به شیوه کنونی، بهتر است با استفاده از تجربیات سایر کشورها، نهاد فرجام خواهی دیوان عالی کشور سامان دهی و تقویت شود و اختلاف شعب دادگاهها از طریق شعب دیوان عالی کشور در مقام فرجام خواهی حل و فصل شود. شاید منظور اصل ۱۶۱ قانون اساسی از ایجاد وحدت رویه نیز، گسترش فرجام خواهی بوده است؛ یعنی دیوان عالی کشور می تواند همانند سایر کشورها با رسیدگی فرجامی خود بر آرای دادگاههای پایین تر نظارت کند و ایجاد وحدت رویه کند، نه اینکه با صدور رأی وحدت رویه به شکل فعلی به وضع قاعده پردازد؛ راه حل دوم این است که در دیوان عالی کشور فقط یک شعبه حقوقی، یک شعبه جزایی و یک شعبه اجتماعی ایجاد شود تا از تعارض رویهها احتراز شود. در صورتی که امکان تجمیع همه شعب در دو شعبه حقوقی و جزایی ممکن نباشد، راه حل سوم این است که اختلافات شعب دادگاهها از طریق فرجام خواهی در شعب دیوان عالی کشور حل و فصل شود و تنها آرای متعارض صادره از شعب دیوان عالی کشور در هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطرح گردد، همان گونه که قانون وحدت رویه مصوب سال ۱۳۲۸ این راه را در پیش گرفته بود.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### کتاب

۱. اردبیلی، محمد علی، *حقوق جزای عمومی*، نشر میزان، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۵.
۲. اعتدال، محمد، *اعتبار و اهمیت رویه قضایی*، نوید شیراز، ۱۳۷۹.
۳. تروپه، میشل، *فلسفه حقوق*، ترجمه مرتضی کلانتریان، انتشارات آگاه، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۴. جعفری تبار، حسن، *دیو در شبیسه*، در فلسفه رویه قضایی، نشر حق گزاران، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مقدمه عمومی علم حقوق*، گنج دانش، ۱۳۶۲.
۶. داوید، رنه، *نظام های بزرگ حقوقی معاصر*، انتشارات نشر دانشگاهی، ۱۳۶۴.
۷. داوید، رنه، *مقدمه ای بر حقوق تطبیقی*، ترجمه دکتر سید محمد علوی، انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین المللی، چاپ اول، ۱۳۷۱.
۸. کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق*، انتشارات گنج دانش، چاپ ۱۱۲، ۱۳۹۶.
۹. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، انتشارات بهنشر، چاپ دوم، ۱۳۶۵.
۱۰. مونتسکیو، *روح القوانین*، ترجمه علی اکبر مهتدی، انتشارات امیرکبیر، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۲.
۱۱. متین دفتری، احمد، *آئین دادرسی مدنی*، انتشارات مجد، ۱۳۸۱.
۱۲. مدنی، سید جلال الدین، *رویه قضایی*، انتشارات پایدار، ۱۳۹۵.
۱۳. هاشمی، سید محمد، *حقوق اساسی*، انتشارات میزان، ج ۲۷، ۱۳۹۵.

#### مقاله

۱۴. عادل مرتضی، *قواعد انصاف در نظام کامن لا*، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۰، ۱۳۸۹.
۱۵. علیزاده عبدالرضا، *تحلیلی اجتماعی حقوقی و معرفتی از رویه قضایی*، مجله حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۱۱، بهار و تابستان ۱۳۹۳، شماره ۱.

۱۶. محمد زاده وادقانی، علیرضا، *رویه قضایی و نقش سازنده آن در حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، ۱۳۷۶.

(ب) منابع انگلیسی و فرانسه

### Books

17. Allen Carleton Kemp, *law in the making*, Oxford university press, 1927.
18. Batiffol Henri, *La philosophie du droit*, Puf, 1966.
19. Carbonnier Jean., *Droit Civil, introduction*, Puf, 1955.
20. Cornu Gerard, *Droit civil, introduction les personnes les biens*, Montchrestien, 5 ed, 1991.
21. Cornu Gerard, *Vocabulaire juridique*, Puf, 2 ed., 1990.
22. Friedmann W., *legal theory*, Stevens and sons, London, 1947.
23. Geny F., *Methode d interpretation et sources en droit prive positif*, 2 ed., 1919.
24. Ghestin J. et Goubeaux G., *Droit civil, Introduction generale*, Paris, l.g.d.j., 1977.
25. Gray John Chefman, *The nature and sources of the law*.
26. Marty G. et Raynaud P., *Droit civil, Introduction generale a l' etude du droit*, Sirey, 1072.
27. Mazeaud H., L. et J., *Lecons de droit civil, Introduction a l' etude du droit*, Montchrestien, Paris, 2 ed., 1991.
28. Michaut Fr., *Le role createur du juge selon l ecole de la sociological jurisprudence*, R.I.D.C., 1987.
29. Ripert Georges, *Les forces creatrices du droit*, Paris, 1955.
30. Weill Alex, *Droit civil, Introduction generale*, Dalloz, 2 ed., 1970.
31. Jestaz Philippe, *Les sources du droit*, Dalloz, 2005.